



## O LÁTEGO E O FREIO DO REGIME DA INCAPACIDADE CIVIL NO BRASIL

### THE WHIP AND THE BRAKE BRAZIL' SYSTEM OF LEGAL PROTECTION AFFORDED TO PERSONS WITH DISABILITIES

\***Nilson Tadeu Reis Campos Silva**  
†**Hamilton Belloto Henriques**

#### RESUMO

Análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência sob o prisma da lesão à segurança jurídica por força das modificações e repercussões provocadas nas esferas civil e penal do ordenamento jurídico, e dos prejuízos causados aos direitos e interesses das pessoas com deficiência, bem como da proposta de alteração legislativa em trâmite para correção de algumas das inconsistências normativas e sistêmicas que negam a adequada tutela jurídica daquelas pessoas.

**Palavras chaves:** Estatuto da Pessoa com Deficiência; tutela jurídica civil e penal; visão sistêmica.

#### ABSTRACT:

Analysis of the status of the person with disabilities under the prism of the injury to the certainty 'by virtue of the changes and effects caused on the spheres in civil and criminal matters in the legal system, and the damage caused to the rights and interests of persons with disabilities, as well as the proposed legislative amendment being processed for correction of some of the normative inconsistencies and systemic that deny adequate juridical protection of those people.

**Keywords:** Status of the person with disabilities; juridical protection in civil and criminal matters; systemic vision.

---

\*Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (ULISBOA), Lisboa, Portugal. Professor do programa de mestrado e doutorado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Paraná, Brasil. Email: nilson8951@gmail.com

†Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário Maringá (UniCesumar), Maringá, Paraná, Brasil. Professor Assistente de Direito e Processo Penal na Universidade Estadual de Maringá e no Centro Universitário de Maringá (UniCesumar), Maringá, Paraná, Brasil. Email: tutortreinamento@gmail.com



## 1 INTRODUÇÃO

No Canto X da concepção do mundo Purgatório de Dante Alighieri, em sua Divina Comédia, a entrada de cada um dos círculos conta um látego a assolar as almas de forma incessante para que busquem a direção certa, enquanto que, na saída, o freio da cornija mostra o que ficou retido naquele círculo por ter sido purificado.

A metáfora se presta à análise do *status* jurídico das pessoas com deficiência mercê da extinção do regime de incapacidade civil no Brasil efetuada pela revogação dos artigos 3º e 4º do Código Civil pela Lei 13.146 de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), na medida em que o legislador, ao desprezar o conceito jurídico da capacidade, deixou desamparados os direitos e interesses daquelas pessoas, impedindo a construção de uma tutela adequada.

A adoção de restrições de direitos para proteger as pessoas desprovidas de capacidade de discernimento é recomendada pelo art. 12.4 da Convenção de Nova Iorque (ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo 186 de 09 de julho de 2008, promulgada pelo Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 e que assim integra o ordenamento jurídico brasileiro desde 2009), na exata medida em que não permite proteções dissociadas das peculiaridades do indivíduo.

O freio à eliminação quase completa do regime das incapacidades, efetivada pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência, foi trazido pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) que introduziu, ainda que timidamente, a previsão de serem aplicadas medidas ajustadas a fim de se evitar a imposição de restrições indevidas à autonomia do interditado ou curatelado, mantendo-se, contudo, a incapacidade civil absoluta aos interditados por enfermidade ou deficiência mental – com o que se criou um impasse jurídico aos que imaginam que lei posterior não revoga a anterior.

Em razão das críticas à Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, o mesmo autor do projeto de lei que lhe deu gênese, e antes mesmo da sua vigência, apresentou novo projeto de lei voltado a evitar “prejuízos incalculáveis às pessoas que, por falta de discernimento suficiente ou de mínima capacidade comunicativa, resultante de deficiência ou de qualquer outra causa,



precisam de apoio para praticar os atos jurídicos formais da vida civil”,<sup>‡</sup> projeto de lei ainda em tramitação.

O referido projeto de lei, que busca harmonizar o Estatuto da Pessoa com Deficiência ao atual Código de Processo Civil, não vincula de forma automática a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garante que qualquer pessoa, com ou sem deficiência, tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil.

A reflexão pretendida neste artigo, além de buscar enfatizar a distonia legislativa entre o Código Civil alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil e ainda o Código Penal, visa sobretudo incitar a discussão de propostas mais eficazes para a inclusão das pessoas com deficiência, desde a premissa de ser imprescindível o reconhecimento da diversidade e da alteridade para a construção de uma tutela que possa proteger as pessoas com deficiência mental sem descuidar do fundamental respeito à dignidade humana.

## 2 DA TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O direito ocidental desde o seu início no direito romano, visualizou a pessoa como centro de imputação de direitos e deveres *in abstracto*, preocupando-se prevalentemente com a capacidade civil para evitar a contaminação da validade de contratos e de atos, por isso que sempre elaborou a distinção da curatela dos *furiosi* (estado demencial que, mesmo habitual, permite intermitências e intervalos lúcidos) e a dos *mente captus* (estado permanente e inalterado de imbecilidade ou fraqueza das faculdades mentais sempre do mesmo grau).

Para tentar superar a dificuldade de se caracterizar um ato jurídico como nulo ou inexistente, quando praticado por pessoa não dotada de consciência e de discernimento pleno, foi engendrada a teoria de incapacidades na qual se rotulou essas pessoas como “loucos de todo o gênero”, nomenclatura adotada no Brasil em seu Código Civil de 1916 sob severas e ácidas críticas dos juristas por não admitir graduação de incapacidade<sup>§</sup>, o que só seria modificado pelo Código Civil de 2002 que passou a denominá-las como “a os que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática

<sup>‡</sup> Justificativa do Projeto de Lei n.º. 757/2015 do Senado, dos Senadores Paulo Paim e Antonio Carlos Valadares.

<sup>§</sup> Neste sentido, e por todos, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (Tratado de Direito de Família, v. III, São Paulo: M. Limonad, 1947, p. 277) e Francisco Pereira de Bulhões Carvalho (Incapacidade civil e restrições de direito. v. I e II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p.241).



desses atos” rotulando-as como absoluta ou relativamente incapazes, sem, todavia, diferenciá-las quanto ao seu grau de incapacidade e sequer quanto a sua redução de discernimento e de autonomia ser ou não transitória.

As pessoas com deficiência no Brasil, seja para atender aos interesses de suas famílias ou aos do próprio Estado, sempre foram excluídas do convívio social e sonegadas suas autonomias, uma vez que não dispunham de uma tutela diferenciada segundo sua correta identificação: estigmatizados genericamente como loucos, fenômeno que não está ligado à desinformação social ou acadêmica, mas, sim, a uma deformação cognitiva, razão pela qual a disseminação da discriminação de fato ocorre em todos os estratos sociais, diferindo apenas quanto à repercussão, como advertia FOUCAULT (2010, p. 6-7) quanto a cabeças alienadas assumindo o papel dantes pertencente aos portadores de hanseníase.

Mesmo após a edição da Lei nº 10.216/2001, que desenha políticas públicas específicas para as pessoas com deficiência mental, tem-se presente a inefetividade da tutela pretendida, quiçá porque ser o Estado cego às evidências probatórias do fato de ser a evolução das doenças determinada pela situação socioeconômica do indivíduo (SILVA, 2012, p. 132).

O Direito não cria capacidade ou incapacidade, posto que esta é ontológica\*\*, cabendo ao sistema jurídico apenas adequá-la à realidade para conferir a personalidade jurídica e classificá-la.

As duas espécies de capacidade civil, a capacidade de direito (inerente aptidão das pessoas naturais para aquisição de direitos e para contraírem deveres) e a capacidade de fato (aptidão conferida às mesmas pessoas para praticarem, pessoalmente, atos da vida civil) exige, pois a autonomia da pessoa e, para as hipóteses em que lhe é impossível o exercício, os institutos da representação e da assistência, a serem utilizados consoante o grau de incapacidade ou de inaptidão para a prática dos atos da vida civil – que podem derivar de ser a incapacidade absoluta ou relativa.

O regime jurídico das incapacidades civis é necessário para proteger as pessoas quando reconheça não serem elas capazes de agirem de forma autônoma e consentida, de modo racional e não prejudicial, analisando as consequências de suas opções, uma vez que o conceito de capacidade é estruturado em quatro necessárias verificações (PEREIRA, 2004, p.209 e ss.): a) capacidade de decidir sobre valores, onde quem consente fará o exame de

\*\* Por todos, Afrânio de Carvalho, Instituições de Direito Privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.21.



custo e benefício segundo sua própria tábua axiológica; b) possibilidade do uso de inteligência e compreensão suficientes para quem queira tomar uma decisão racional saiba ou perceba os esclarecimentos sobre os fatos e os processos causais envolvidos; c) autodeterminação com base na informação; e d) oportunidade para que uma decisão seja tomada através de escolhas dentre alternativas e opções possíveis, com o sopesamento das consequências.

Por isso a modificação do regime das incapacidades civis do Código Civil, feita pela Lei nº 13.146/2015 sem estabelecer o necessário gradiente, equivocadamente nivelou todas as pessoas com deficiência às pessoas dotadas de capacidade plena, redundando em deixar à própria sorte aqueles que, com ou sem deficiência, se mostrarem incapazes de executar certos atos da vida civil.

Ao se impor como regra a garantia da capacidade legal por parte das pessoas com deficiência mental, em visão cartesiana e reducionista que vislumbra a incapacidade como mera categoria jurídica, ignora a lei a existência de pessoas com total incapacidade para exercer seus direitos, o que torna a pretensa tutela das pessoas com deficiência em norma hipertrófica e altamente lesiva aos interesses dessas pessoa: o chamado Estatuto da Pessoa Com Deficiência, em retrocesso inadmissível, tanto nega às pessoas com deficiência o apoio de que porventura possam necessitar quanto declarar civilmente capazes quaisquer pessoas que, com ou sem deficiência, estão de fato inaptas para exercer sozinhas os atos da vida civil.

Ainda que não seja desejável *a priori* dissociar o que se faz para todas as pessoas em matéria de proteção jurídica, cujas normas protetivas de direitos e liberdades é o fundamento jurídico das pessoas com deficiência, é crucial que disposições específicas possam velar pela preservação da legalidade e do respeito dos direitos e das liberdades daquelas pessoas cujo estado, segundo critério funcional e médico, exige proteção diferenciada, pois o direito deve combater as consequências negativas das desigualdades funcionais, a fim de conservar ou fazer voltar a dar a todo indivíduo e à pessoa com deficiência mental em especial, o seu lugar na cidade, o respeito dos seus direitos e das suas liberdades, observada sua condição particularmente vulnerável.

O final da restrição legal à autonomia das pessoas com deficiência remete o ordenamento jurídico à Idade Média, na exata medida em que deixa de render homenagem aos sistemas jurídicos como o da Espanha, cujo Código Civil distingue as pessoas incapacitadas (aquelas que padecem de uma enfermidade ou deficiência contínua que as impede de se autogovernar) de pessoas sem deficiência e hígdas.



Antes mesmo da edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não havia uma teoria de incapacidades adequada à tutela das pessoas com deficiência mental no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a defesa dos interesses daquelas pessoas possibilitada através do acionamento do Poder Judiciário mediante o ajuizamento de ações de tónus afirmativo, máxime através dos procedimentos voltados a instrumentalizar a tutela e a curatela.

Ressalte-se que o Código de Processo Civil brasileiro, editado na vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, mesmo com as inúmeras micro reformas nas últimas décadas, inclusive para se adequar ao Código Civil de 2002, mantivera, incólumes e defasados, aqueles procedimentos, nos Capítulos VIII (da curatela dos interditos) e IX (das disposições comuns à tutela e à curatela), e no Título II (dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária), dispositivos que não foram merecedores de uma única alteração nos últimos quarenta anos.

Os procedimentos jurisdicionais mantiveram, fossilizados e fossilizados e cristalizados os institutos da interdição e da curatela, a rigor sob a égide que vigorava na década dezesseis do século XX, preservando intocada a prevalência do código do Ter sobre o código do Ser, fazendo perene a injusta reprodução das desigualdades lesivas à dignidade da pessoa humana, servindo mais à exclusão do que a proteção das pessoas com deficiência mental.

Com o vigente Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), estabeleceu-se a possibilidade de se aplicarem medidas ajustadas à peculiaridade das pessoas, a fim de se evitar a imposição de restrições indevidas à autonomia do interditado ou curatelado, ainda que mantidas a incapacidade civil absoluta aos interditados por enfermidade ou deficiência mental.

Como antes da entrada em vigência do Código de Processo Civil passou a vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogando o regime das incapacidades civis preconizado pelo Código Civil, e mantendo o status de incapaz apenas para os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e para aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, criou-se uma distonia normativa acerca da autonomia das pessoas com deficiência, uma vez que, enquanto o Estatuto é, equivocadamente, norma agonista à restrição daquela autonomia, o Código de Processo Civil, ainda que timidamente, provoca uma situação antagonista à mesma restrição.



Essa inusitada situação, ao menos em tese, autoriza o Estado a cancelar, por exemplo, o pagamento de benefícios previdenciários cujo fundamento seja a existência de incapacidade, mesmo que esses benefícios tenham sido concedidos pelo Poder Judiciário, uma vez que as sentenças de interdição não produzem o efeito de coisa julgada, hipótese autoexplicativa da situação trágica a que podem ser submetidas as pessoas com deficiência em razão do Estatuto supostamente editado para protegê-las.

Na tentativa de evitar a entrada do Estatuto da Pessoa com Deficiência em vigor sem as imprescindíveis retificações, seus proponentes desenharam previsões que, realistas, parecem mais apropriadas à *selva oscura* do Inferno delineado por Dante Alighieri no qual quem ingressa deixa toda esperança e, na dicção de Dorothy Sayers (49, p.2) onde “a confusão é tão grande que a alma não se acha capaz de reencontrar o caminho certo”:

[...] acontecerá o seguinte: se uma pessoa – por qualquer motivo que seja – imergir em um estado de total ausência de lucidez mental (como casos de pessoas que perdem totalmente a memória ou que avocam para si identidade misteriosa por conta de delírios, ou que estiverem em plena confusão mental causada por lesão cerebral ou trauma psicológico), ela, por exemplo:

- a) poderá celebrar um contrato de empréstimo e de doação em favor de terceiros, sem possibilidade de reivindicar a invalidade dessas avenças;
- b) poderá ser manipulada por uma pessoa que, apesar de não lhe tributar qualquer afeto, conseguirá dela uma declaração positiva de casamento em um momento em que aparentará uma falsa lucidez perante a autoridade celebrante do casamento, caso em que o casamento não poderá ser invalidado por falta de previsão legal;
- c) perderá direitos e pretensões por conta da decadência e da prescrição;
- d) terá de restituir os valores que, em estado de confusão mental, dispendeu com questões não proveitosas, no caso de invalidação de negócio;
- e) poderá dar quitação de dívidas pagas, ainda que não tenha lucidez para compreender os efeitos jurídicos desse ato;
- f) terá de manifestar aceitação para receber uma doação pura por exigência da lei, embora não tenha condições práticas, reais, para tanto;
- g) não poderá recuperar os valores que tenha perdido em jogos, ainda que a sua falta de lucidez o tenha arremessado em um estado de ganância compulsiva e irresponsável, do qual pessoas inescrupulosas costumam saber se aproveitar;
- h) responderá direta, exclusiva e integralmente por todos os danos que causar, ainda que tais danos tenham decorrido de eventual surto proveniente de situação de transtorno mental;
- i) será obrigada a cumprir deveres previamente contraídos ainda que não tenha discernimento ou capacidade comunicativa alguma, ou seja, não tenha condições objetivas de praticar esses atos;
- j) não conseguirá constituir advogado para se defender em juízo caso venha a ser acusada ou demandada, justa ou injustamente, pois será presumida juridicamente capaz, ainda que não tenha capacidade real de compreender ou de agir, inclusive para outorgar procurações.<sup>††</sup>

<sup>††</sup> Justificativa do Projeto de Lei n.º. 757/2015 do Senado, dos Senadores Paulo Paim e Antonio Carlos Valadares. Disp. em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>, Acesso: 26 set. 2016.





Como não se conseguiu a aprovação das retificações antes da vigência da Lei - estando o projeto de lei ainda em tramitação, os exemplos idealizados são vocacionados a se transmutarem em trágica realidade jurídica.

Isto porque a percepção da existência de uma gradação dos níveis qualitativos de capacidade e de autonomia, a ensejar e a exigir especificidade de proteção jurídica como ressalta Pereña Vicente (2006, p. 33), foi totalmente ignorada pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência, mesmo colidindo com a previsão legal de divisão de internações em três categorias: as voluntárias, nas quais existe o consentimento do paciente; as involuntárias, sem a anuência do paciente e por solicitação de terceiro; e as compulsórias, que são determinadas judicialmente, sendo estas duas últimas controladas pelo Ministério Público, que deve ser notificado das mesmas em até 72 horas após sua ocorrência (Lei nº 10.216/2001).

Assim, não obstante o Código Civil preconizar proteção jurídica às pessoas desprovidas de discernimento (seja total ou parcial) como nulidade de casamento ou de união estável (arts. 1.548, I e 7.727); invalidade de quitação (art. 310); suspensão dos prazos prescricional e decadencial (arts. 198, I e 208); vedação de repetição de indébito na hipótese de invalidação de negócio jurídico (arts. 181, 588 e 589) e invalidação dos negócios e atos jurídicos praticados sem assistência ou representação de curador (arts. 166, I, 171, I, 185 e 1.767); inexigibilidade de aceitação de doação pura (art. 543); direito de pleitear devolução de valor pago em jogo ou aposta (art. 814); e responsabilidade civil subsidiária com valor de indenização fixado com base na equidade e na garantia de sobrevivência (art. 928), nenhuma dessas tutelas estão disponíveis para as pessoas incapazes, porque o Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual cama de Procusto, as considera capazes.

## **2 DAS REPERCUSSÕES DO ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ÓRBITA CRIMINAL**

Desde o século XX o direito internacional se vem transmutando em parâmetro de validade das constituições nacionais, com a ruptura do paradigma da soberania do poder constituinte e da autonomia dos Estados em sede de direitos humanos, transitando da concepção de soberania centrada no Estado formulada por Hobbes vê-la centrada na cidadania universal como propugnado por Kant, logo, uma soberania estatal porosa e permeável.

Esta virada hermenêutica foi fundamental para a implantação da reforma psiquiátrica no Brasil, imposta pela condenação do Estado brasileiro em 2006 pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos no caso *Damião Ximenes Lopes versus Brasil*, que forçou a modificação atitudinal dos governos brasileiros em relação ao tratamento dos doentes mentais e à visibilidade social destes, como pode ser exemplificado pela escolha da obra de pessoa





com deficiência mental (Arthur Bispo do Rosário) como representação do patrimônio cultural brasileiro em exposições na Europa, ao tempo em que, mais do que como fruto de ações do movimento de luta antimanicomial e da reforma psiquiátrica, e sob os influxos daquela condenação internacional, editou-se o Estatuto da pessoa com deficiência mental (Lei nº 10.216/2001).

Na sociedade, porém, tem-se ainda a proximidade de vulnerabilidade gemelar e marginal entre pessoas com doenças mental, prostitutas, criminosos, e viciados em tóxicos, fazendo subsistir a visão histórica de ser a loucura prevalentemente caso de polícia, cuja solução é a segregação, o que é reforçado pelo fato de ser a Constituição da República totalmente omissa quanto à inimputabilidade psíquica e, de consequência, aos limites das medidas restritivas, o que parece fazer autorizada a conclusão de serem as sanções perpétuas as medidas de segurança impostas aos doentes mentais que cometerem crimes, uma vez que sequer o Código Penal brasileiro prevê limitação temporal - como o faz em relação às penas.

A edição da Lei nº 10.216/2001, específica ao tratamento de doentes mentais, não teve o condão de modificar esse cenário desumano, sendo que o Código Penal manteve a previsão de formas de cumprimento em meio fechado (internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico) além da previsão de cumprimento em meio aberto (sujeição a tratamento ambulatorial), conforme a gravidade do delito e a situação pessoal do sujeito.

O fato de o Código Penal brasileiro determinar que o recolhimento do interno deva ser realizado em estabelecimento com características hospitalares, busca harmonizá-lo com os preceitos da reforma antimanicomial, porém o tratamento jurídico é discrepante quando se compara a execução das sanções restritivas à liberdade (penas e medidas de segurança aplicáveis a imputáveis e a doentes mentais).

Sob outro viés, e reconhecendo-se ser o Direito um sistema de valores, tem-se que configura um único modelo, total e complexo, de diretivas tendentes a prever situações jurídicas e regulá-las antecipadamente, protegendo bens jurídicos fundamentais à coexistência humana e ao pleno desenvolvimento do indivíduo.

Nessa senda, é inevitável a conclusão de que a modificação de valores ou mesmo de perspectivas protetivas do sistema, na direção de ordenar a vida em sociedade, impondo limites à conduta humana ou, por vezes fomentando comportamentos, redundam em alterações na própria configuração do sistema.

As alterações trazidas ao ordenamento jurídico a partir da edição da Lei nº 13.146/2015, cujo teor subverteu profundamente a perspectiva jurídica das capacidades para o



exercício pessoal de direitos até então pautada pelo monumento jurídico romanístico de tradição milenar, trouxe, como de fato trará profundas consequências na esfera penal da ordem jurídica.

Isto porque o Direito Penal, concebido como região do ordenamento jurídico cuja missão é proteger bens jurídicos fundamentais, hauridos e revelados pela Constituição Federal como fundamentais, e que são imprescindíveis ao pleno desenvolvimento do homem, é suscetível a influências de toda e qualquer alteração de normas e institutos componentes do mesmo sistema.

Dessa forma, o Direito Penal tendo como missão a proteção de bens jurídicos relacionados à vulnerabilidade humana ante certas condições de desenvolvimento, liberdade de decisão e mesmo responsabilidade, poderá sofrer um déficit ou mesmo se tornar inoperável no desiderato que lhe incumbe, revelando, por consequência, uma distonia na sua eficiência.

É que alguns capítulos do sistema jurídico penal se propõem a tutelar as vulnerabilidades da pessoa com deficiência, dentre tais, a liberdade e a intangibilidade sexual, posto que a falta de um necessário e mínimo discernimento quanto ao conteúdo do ato sexual, pode revelar verdadeira violação da liberdade sexual da pessoa vulnerável, ante a falta de atributos relacionados ao psicologismo. Não haveria sequer capacidade de resistência ante a não compreensão do conteúdo do ato em si.

Assim, qualquer modificação legislativa, relacionadas ao instituto das capacidades civis, que influa na noção de consentimento, ainda que num plano puramente normativo, poderá gerar uma ineficiência do sistema penal na proteção de vulneráveis, porque o delito pressupõe um ato humano conflitivo, destoante da totalidade desenvolvida pelo sistema jurídico, cuja essência lesiva está vinculada aos bens e valores fomentados pelo mesmo ordenamento jurídico.

Nas palavras de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henriques Pierangeli

[...] pode ocorrer o fenômeno da fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva, considerada isoladamente, mas que, de modo algum, podem incluir-se na sua proibição, quando consideradas conglobantemente, isto é, fazendo parte de um universo ordenado de normas.

Decorre daí que, alteradas que estão na ordem jurídica as noções de capacidade civil para o exercício de direitos pessoalmente, por alguém que possui deficiência mental, podendo inclusive decidir sobre sua vida sexual, exercendo plenamente direitos sexuais, reprodutivos, e seus consentâneos do planejamento familiar, decidindo sobre o número de filhos, podendo



casar-se e constituir união estável, obviamente que a perspectiva protetiva do Direito Penal restará alterada.

Nessa senda, tome-se exemplificativamente o tipo penal constante no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

A conduta descrita na norma acima, consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou pessoas em situação de vulnerabilidade ante a enfermidade ou “deficiência mental”. A conduta vedada pelo legislador objetiva preservar a liberdade sexual em sentido amplo especialmente das pessoas consideradas vulneráveis ante a falta de discernimento.

Como conciliar referida proteção da liberdade sexual do indivíduo com deficiência mental, cuja vulnerabilidade é manifesta numa perspectiva ontológica, se, por outro lado, o próprio sistema jurídico, através do Estatuto da Pessoa Com Deficiência, lhe atribui capacidade de decisão?

A atribuição de capacidade de consentir do indivíduo com deficiência mental, impõe a consideração de que há, ainda que num plano meramente normativo, plena capacidade de decisão e de discernimento do ato, sendo certo que “o consentimento é também uma forma de aquiescência” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p.483). Pode consentir quem tem capacidade para aquiescer.

Ou se aceita a ausência de capacidade e, por consequência, uma vulnerabilidade manifesta, ou se estará diante de plena compreensão do ato e, por consequência, de uma ausência de vulnerabilidade que impede a aplicação da norma protetiva da liberdade sexual acima transcrita.

Como esclarecem os doutrinadores,

os principais casos em que, apesar da tipicidade legal, configura-se uma atipicidade conglobante, ocorrem quando uma norma ordena o que outra parece proibir (cumprimento de dever jurídico), quando uma norma parece proibir o que outra fomenta, quando uma norma parece proibir o que outra norma exclui do âmbito de proibição, por estar fora da ingerência do Estado, e quando uma norma parece proibir condutas cuja realização garantem outras normas, proibindo as condutas que a perturbam. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p.479)

Eugênio Raul Zaffaroni e José Henriques Pierangeli ainda salientam que

[...] o acordo apresenta graves problemas dogmáticos, porque “há proteções de bens jurídicos que a lei parece fazer além da própria vontade do titular, porque o considera incapaz para acordar, isto é, para valer-se da relação de disponibilidade, privando-os de verdadeiros direitos garantidos pela Constituição Federal e por todos os documentos internacionais de direitos humanos” (p. 484)



A tipificação do estupro como resultante de conjugação carnal com uma pessoa “alienada ou débil mental” não pode ser admitida como uma privação do direito de dispor do próprio corpo: tipos penais como este podem tornarem-se instrumentos de estigmatização de pessoas com insuficiência mental que, sob pretexto de tutela, se veriam privadas da possibilidade de ter relações sexuais (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 484).

Por outro lado, a proteção da pessoa vulnerável ante uma situação concreta de violação de sua liberdade sexual restará prejudicada pela própria ordem jurídica, uma vez que o ordenamento jurídico passou a presumir essa capacidade fomentando o reconhecimento de uma liberdade de querer que, de modo algum poderá contrariar o sistema na sua totalidade.

Ante a constatação de que o sistema jurídico é verdadeira ordem teleológica (CANARIS, 1996. p. 76), resta cristalina a necessidade de coerência sistemática que “na multiplicidade de valores singulares, tornem claras as conexões interiores, as quais não podem, por isso, ser idênticas à pura soma deles” (CANARIS, 1996. p. 76).

Ademais, segundo a concepção ontológica preconizada por Welzer e Cerezo Mir,

O princípio material de justiça, de *validez a priori*, relaciona-se à uma relação da lei com as assim chamadas estruturas lógico objetivas, ou seja a realidade. Ora se o Direito não as respeita é injusto. Se a lei, por ficção, distancia-se da realidade, ao fomentar uma capacidade de deliberação ou discernimento do incapaz, viola esse princípio, cremos que se nos apresenta injusto. O ordenamento jurídico viola uma proteção devida ao incapaz, por normatizar uma capacidade inexistente. Ontologicamente o vulnerável, torna-se não vulnerável, por pura ficção jurídica[...] (CEREZO MIR, 2000, p. 18).

Isto implica em reconhecer que, como a imputabilidade é imbricada à capacidade de discernimento reconhecida juridicamente como atestado declaratório do *pathos*, a norma que a ignora faz indevida abstração da realidade e, daí, pode ser tida como inócua.

Assim, no sistema jurídico brasileiro, tem-se uma inadmissível incoerência geradora de insegurança jurídica que redundará em maiores prejuízos às pessoas com deficiência.

Ainda que se examine a questão sob a ótica normativista, a conclusão seria idêntica em detrimento de uma posição minimalista e reducionista:

[...] há fatos importantes, que merecem a atenção e a preocupação do legislador; no entanto, existem outros que não interessam ao Direito Penal, cuja criminalização deveria ser afastada. Daí o nome Direito Penal do equilíbrio, em defesa das posições minimalistas (GRECO, 2010, p. 15).



Até mesmo a análise das possíveis repercussões do Estatuto da Pessoa Com Deficiência sob o prisma da pessoa que pratica o delito, uma vez que nos termos da norma do artigo 26 do Código Penal, a imputabilidade penal implica ter o agente pleno discernimento dos seus atos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A possibilidade de responsabilização penal aparece como consequência dos atos praticados diante desse entendimento fenomenológico da norma que adota o critério biopsicológico.

A capacidade civil, por outro lado, pode ser definida como a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações por conta própria, sem a necessidade de representação legal, o que faz com que para que alguém possa ter capacidade penal e civil e, conseqüentemente, responder pelos seus atos, é necessário que apresente saúde mental e maturidade psíquica.

Já a imputabilidade penal implica ter o agente pleno discernimento dos seus atos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A possibilidade de responsabilização penal aparece como consequência dos atos praticados diante desse entendimento.

É válido afirmar que a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado constituem um critério dos vários limites e modificadores biopsicossociais da capacidade civil e da imputabilidade penal e que, por isso, enquanto a exigência de que o agente possua saúde mental e maturidade psíquica esteja presente tanto para a *capacitas civilis* quanto para a *capacitas de imputatio poenalis*, a lei penal cobra, no momento da realização do ilícito, o pleno discernimento de seu autor como distinção fundamental?

Como a Lei nº 13.146/2015, estabeleceu serem todas as pessoas capazes, tem-se, no limite, a *aberratio* de considerá-las também todas imputáveis, extinguindo a distinção fundamental entre a capacidade civil e a imputação penal mercê das estruturas jurídicas abaladas arbitrariamente por aquela norma.

### 3 CONCLUSÕES

O Estatuto da Pessoa com Deficiência criou um sistema híbrido e incoerente, com antinomias insuperáveis em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, ao pretender exterminar a categoria jurídica da incapacidade, estado civil aplicável a determinados sujeitos por conta de questões relativas ao seu *status* pessoal.

Os equívocos legislativos na normatização da tutela jurídica voltada às pessoas com deficiência, que ignoram a distinção das deficiências, aliados à indefinição quanto às alterações já propostas, exigirão a intervenção do Poder Judiciário que enfrentará significativo



desafio para a aplicação jurisdicional do novo Estatuto, aumentando a judicialização do tema na expectativa de prestar-se aquele Poder como panaceia corretiva da inefetividade da tutela jurídica dos direitos das pessoas com deficiência.

As mutações provocadas pela Lei nº 13.146/2015 no sistema jurídico brasileiro são desastrosas para a segurança jurídica, seja pela confusão entre os termos incapacidade, interdição e curatela e seus limites, seja pelas como questões relacionadas à validade dos atos praticados pelo deficiente para o qual não se nomeou curador, uma vez que, a prevalecer a ilógica opção legislativa, a nomeação de curador não decorre mais do estado incapacitante do agente, só valendo para casos futuros; seja pelas nocivas repercussões na órbita penal.

O fato de esse Estatuto determinar que a pessoa com deficiência não seja mais tecnicamente considerada como civilmente incapaz, não tem o condão de metamorfosear a realidade fática: a proteção jurídica apropriada, adequada e conveniente à tutela da dignidade humana necessita considerar não o indivíduo em abstrato, mas em sua concreção peculiar a observar suas circunstâncias pessoais.

O desiderato anunciado de se promover a inclusão social, longe de ter sido alcançado, resumiu-se, com os atributos ficcionais, a um dantesco prejuízo à tutela das pessoas com deficiência, excluindo a responsabilidade prioritária do Estado de assegurar a efetivação dos direitos humanos e fundamentais daquelas pessoas para pretender fazê-la compartilhada com a família, com a comunidade e a sociedade.

A tutela das pessoas com doença mental é ainda uma incompletude, social e jurídica, daí não ser possível concluir esta reflexão de modo definitivo, mas, sim, remetê-la à busca de solução viabilizadora daquele que é, em última análise, o dever jurídico de solidariedade: neste sentido, as alterações propostas pelo Projeto de Lei nº. 757/2015 em trâmite no Senado Federal podem configurar importante contributo.

O reconhecimento do direito a ser diferente não deve discrepar do direito à igualdade, ao revés, deve ir além, para ser reconhecido como direito à diversidade e, por isso, imbricado ao direito à tolerância, condição indispensável à defesa da ontológica alteridade, para que haja a efetividade desses direitos universais e inerentes à pessoa humana – não só das pessoas com deficiência, cuja incapacidade deve ser considerada casuisticamente para se aferir a possibilidade ou não de gradação dos efeitos da curatela dos absolutamente incapazes, a fim de se manter, na hipótese de constatação de ausência total de discernimento, a absoluta proteção.



A farta positivação dos direitos fundamentais e consequente institucionalização das normas tutelares das pessoas com deficiência, incluídas as relativas também às pessoas integrantes de minorias e de grupos vulneráveis, representa, de um lado, um inegável avanço, mas, de outro, não resolve a problemática que envolve essas pessoas submetidas simultaneamente ao látego e ao freio do Purgatório a que foram remetidas pelo legislador e, assim, ficam órfãs de esperança na concreção de seus direitos.

Na Divina Comédia, Virgílio só pode conduzir Dante do inferno até o purgatório, porque a razão leva à fé, mas o divino é incompreensível à razão, exigindo uma nova capacidade visual que permita a compreensão do sistema. No Brasil, as pessoas com deficiência ainda devem procurar a sua Beatriz que confute os equívocos legislativos e lhes permita verdadeira inclusão social na qual sua identificação se preste apenas à modulação da garantia fundamental do seu reconhecimento como Ser dotado de dignidade.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

AGAMBEM, Giorgio. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua. trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Palestra proferida no seminário sobre interdição realizada no Superior Tribunal de Justiça em 07.11.2005. Brasília: STJ.

BARROSO, Luis Roberto. Entrevista à Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 75, n. 2. Belo Horizonte: TCEMG, 2010.

BRASIL. LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União de 7.7.2015.

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. Direito do idoso: tutela jurídica constitucional. Curitiba: Juruá, 2012.

CANARIS, Claus Wilhelm, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 2 ed. Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa, 1996.





CARVALHO, Afrânio de. Instituições de Direito Privado. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. Incapacidade civil e restrições de direito. v. I e II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal español. vol. I. 5 ed. Madrid: Tecnos, 2000.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. Derechos sociales: teoría e ideología. Madrid: Tecnos, 1994.

DE PAGE, Henry. Traité Elementaire de Droit Civil Belge. Paris: Bruylant, 1948.

FELDENS, Luciano, Direitos fundamentais e direito penal - A constituição penal, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

FOUCAULT, Michel. História da Loucura: na idade clássica. trad. José Teixeira Coelho Neto, São Paulo: Perspectiva, 2012.

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio - Uma Visão Minimalista do Direito Penal. Niterói: Impetus, 2010.

HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos desde la Escuela de Budapeste. Madrid: Tecnos, 1989.

LÁZARO, Ángel. Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres. *In*: RIDAURA MARTÍNEZ, Maria Josefa; AZNAR GOMES, Mariano J. (coord.) Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. Entre nós: ensaios sobre a alteridade. trad. Pergentino Pivatto *et alli*. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

MOUREIRA, Diogo Luna. Os desafios dos transtornos mentais e do comportamento para o direito civil: dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da Teoria das Incapacidades. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá. Belo Horizonte, 2013. Disp. em [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_MoureiraDL2\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoureiraDL2_1.pdf). Acesso em 19 set 2015.



PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de Direito Penal brasileiro. 14 ed. São Paulo: RT, 2015.

PEREÑA VICENTE, Montserrat. Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil. Madrid: Dykinson, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito de Família. v. III. São Paulo: M. Limonad, 1947.

ROSEVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família entre o Público e o Privado. Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito de Família. Porto Alegre: Magister, 2012.

SAYERS, Dorothy. In: Dante Alighieri, The Comedy of Dante Alighieri the Florentine: Hell (L'Inferno). Penguin, EUA, 1949.

SILVA, Manuela. A dura realidade da doença mental em Portugal. In CARMO, Isabel (org.). Serviço Nacional de Saúde em Portugal. As ameaças, a crise e os desafios. Coimbra: Almedina, 2012.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. O exercício dialógico entre a capacidade civil, os transtornos mentais e a autonomia privada: uma análise no direito comparado. Disp. em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=55285adfd78a019a> Acesso em 19 set 2015

STONE, Michael H. A cura da mente: a história da Psiquiatria da Antiguidade até o presente. Tradução Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 1999. 1999,

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: Conectas, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, José Henrique Pierangeli, Manual de direito penal brasileiro: vol. 1, 9 ed. São Paulo: RT, 2011.